



University of Groningen

## 'Symbolisch strafrecht' en 'Symbolisch straffen'

Kelk, C.

*Published in:*

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Kelk, C. (2007). 'Symbolisch strafrecht' en 'Symbolisch straffen'. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 177-200). Nijmegen.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# ‘Symbolisch strafrecht’ en ‘Symbolisch straffen’

C. KELK<sup>o</sup>

## 1. Inleiding

Het is geen onbekend verschijnsel dat het strafrecht een ‘symbolische functie’ toegedicht krijgt of dat een ‘symbolische straf’ wordt opgelegd. Dergelijke kwalificaties lijken zelfs frequenter te worden gehoord.

Wat moeten wij ons echter bij een symbolische functie van het strafrecht en van de straf voorstellen? Een symbool veronderstelt immers dat het ene object in de plaats treedt van het andere om dit laatste door middel van representatie, dus bij wijze van een afschaduwing of van een ‘zinnebeeld’, voor te stellen. Het symbool is ook wel kort getypeerd als een uitdrukking van het ‘onzegbare’. Veelomvattende fenomenen behoeven daarom dikwijls een vereenvoudigend, kenmerkend symbool.

Op het terrein van het strafrecht wordt met ‘symbolische betekenis’ en met ‘symboolwerking’ meestal bedoeld op een (zeer) marginaal of nauwelijks serieus, effectief functioneren van het strafrecht ten aanzien van bepaald gedrag in bepaald soort situaties, omdat het nu vooral voornamelijk te doen is om een *uiting van afkeuring* die in de strafbaarstelling als zodanig besloten ligt. Dikwijls gaat het om een onderliggende problematiek die ofwel reeds anderszins is opgelost ofwel in zijn wezen beter langs een andere weg dan die van het strafrecht zou moeten worden opgelost. De Roos noemt als mogelijke motieven om dan toch de strafwet in te schakelen: het apaiseren van de gemoederen van de goegemeente of het bereiken van een politiek compromis.<sup>1</sup> Op deze wijze fungeren strafbaarstelling en bestraffing als *rationalisatie* voor een in werkelijkheid tamelijk krachteloos of overbodig strafrecht, zoals een rookpluim boven de krater als symbool van sluimerende vulkanische activiteiten kan worden gezien. Zo is bijvoorbeeld ook over art. 137c Sr (het zich opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens ras, godsdienst, levensovertuiging, etc.) wel eens de vraag gesteld of dit niet een artikel met symbolische waarde is.

---

<sup>o</sup> Hoogleraar straf(proces)recht en penitentiair recht Universiteit Utrecht.

<sup>1</sup> Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 24.

Een symbolische straf heeft in de praktijk veelal de functie om acte de présence te geven, maar wel in een (sterk) gereduceerde vorm, bijvoorbeeld omdat de pijn van het openbaar terechtstaan gezien de aard van de zaak eigenlijk al min of meer voldoende wordt geacht of om andere redenen.

Maar men kan zich ook het omgekeerde voorstellen, namelijk dat juist een relatief zeer zware bestraffing plaats vindt om ten overstaan van de gemeenschap te demonstrenen dat krachtdadig wordt opgetreden, bijvoorbeeld ter noodzakelijke bescherming van onze veiligheid. Men zou dan in een aantal gevallen kunnen spreken van een retorische, bezwerende symboliek. De wet terroristische misdrijven en de tot nu toe op grond daarvan uitgesproken straffen vormen hiervan een voorbeeld. De zwakke bewijsbaarheid van het terroristische motief wordt als het ware overstemd door een relatief zware sanctie.

Het begrip symbolische wetgeving treft men ook elders aan. Zo werd in 2006 in België een nieuwe wet aangekondigd ter verzwaring van de straffen voor het gebruik van geweld tegen mensen die een openbare dienst of een functie van algemeen belang vervullen, zoals buschauffeurs, leraren en verpleegkundigen. Het bleek te gaan om de verhoging van alleen de minimumstraffen, waar de rechter op grond van verzachtende omstandigheden ook nog omheen kan. Bovendien blijven vele andere categorieën mensen tegen wie nogal eens geweld wordt gebruikt buiten deze op slechts enkele beroepsgroepen gerichte wetgeving. Derhalve werd deze wet een 'symboolwet' genoemd, die 'discrimineert en het strafrecht nog ingewikkelder maakt.'<sup>2</sup> En ook in Duitsland zijn onlangs symbolische wetgeving en de legitimiteit daarvan als thema aan de orde gesteld.<sup>3</sup>

In het hiernavolgende wil ik voor een aantal situaties *verkennenderwijze* nagaan wat het symbolische karakter van het strafrecht inhoudt, zoveel mogelijk tegen de achtergrond van de geest van de tijd.

Zo was een aantal decennia geleden het geloof in de waarde van het rechtsbeschermende gehalte van het strafrecht dusdanig groot dat symbolisch strafrecht en een symbolische straf primair werden vereenzelvigd met gereduceerd strafrecht en met een gereduceerde straf.

De laatste decennia lijkt echter een diepgaand geloof in de instrumentele potenties van het strafrecht te zijn gegroeid, met als gevolg dat het strafrecht veel vaker dan vroeger in zijn mogelijkheden wordt overvraagd en de vraag rijst of het niet in sommige gevallen een product is van symboolpolitiek ter bezwering van onze gevoelens van onveiligheid.

---

<sup>2</sup> J. de Wit, *Gazet van Antwerpen* van 13 juli 2006.

<sup>3</sup> C.C. Lauterwein, *Symbolische Gesetzgebung. Eine Untersuchung am Beispiel Strafrecht*, Stamsried: Verlag E. Vogel 2006.

## 2. De juridisering van de jaren '70

Ik ga dus eerst terug in de tijd. Dirk Herman de Jong en ik begonnen onze universitaire loopbaan in de jaren '70 van de vorige eeuw, toen onze samenleving zich – niet anders dan vele andere westerse samenlevingen – in het hart van grote democratiseringsbewegingen bevond. Onder sommige strafrechtsbeoefenaars heersten in sterke mate machtskritische zienswijzen, die zich richtten tegen allerlei vormen van gevestigde machtsuitoefening, ook in het kader van het strafrecht en de strafrechtspleging. Belangrijke gangmakers waren de Rotterdamse hoogleraar strafrecht L.H.C. Hulsman en de Utrechtse hoogleraar A.A.G. Peters, die beiden een nogal (rechts)sociologische blik op hun vakgebied hadden. Hulsman richtte zich primair op de onwaarde van het strafrecht en zocht naar alternatieve of subsidiaire wegen om het welzijnsgehalte van de samenleving te verhogen, terwijl Peters zich hard maakte voor de versterking van individuele rechtsposities van maatschappelijk achtergestelde groeperingen. Ook de justitiabelen moesten zich kunnen ontwikkelen van ondergeschikte objecten tot mondige burgers, die uit kracht van de hen toekomende rechten voor zichzelf moesten kunnen opkomen. Het thema van de mensenrechten op grond van het EVRM kwam toenmaals nog slechts in bescheiden mate in de Nederlandse nationale rechtspleging opzetten.<sup>4</sup>

De door Hulsman gepropageerde decriminalisering en depenalisering en de door Peters benadrukte noodzaak tot juridisering kwamen dus min of meer samen waar het ging om het sterker maken van de sociaal zwakkere.

De denkwijze van de juridisering werd steeds meer exemplarisch voor de geest van die tijd. In deze trant zijn toen heel wat wetswijzigingen tot stand gebracht, waarop onlangs ook door Corstens in een beschouwing over veranderingen in het strafrecht de aandacht is gevestigd.<sup>5</sup>

Een en ander vormde een illustratie van Remmelink's analyse dat het strafrecht als zodanig na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke karakterverandering had ondergaan in die zin dat het niet meer uitsluitend berustte op een tamelijk abstract dogmatisch stelsel met de metafysische vergelding als centraal begrip, doch dat het veel meer dan voorheen maatschappelijke doelen was gaan dienen. Hij noemde dit de 'functionalisering' van het strafrecht.<sup>6</sup> Zo was het strafrecht op een veel directere manier met tal van maatschappelijke ontwikkelingen verband gaan houden.

<sup>4</sup> Zie B.E.P. Myjer, *Bij een vijftigste verjaardag*, (Oratie Amsterdam, VU) 2000, p. 4. Zie ook de bewerking daarvan: *De vijftig voorbij*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

<sup>5</sup> G.J.M. Corstens, 'Veranderingen in het strafrecht in Nederland', *NJB* 2007, p. 664-671, p. 664.

<sup>6</sup> J. Remmelink, 'Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht', in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijser en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 31-64, p. 32.

In het kielzog van deze ontwikkelingen maakte het strafrechtelijk klimaat in de loop van de tijd beduidende veranderingen door.

Nadat veler rechtspositie verbeterd en wettelijk steviger verankerd was, brak een tijdperk aan waarin vele groeperingen hun belangen en rechten met verve en kracht gingen verdedigen, waarbij zij soms zelfs enigszins blind raakten voor de rechten van anderen: het eigen belang kreeg in veel gevallen nogal egocentrische allures. De consumptiesamenleving met grote consumentenbelangen breidde zich steeds verder uit, hetgeen voor het strafrecht meebracht dat burgers van de overheid gingen verlangen dat deze niet alleen zorgend, maar ook straffend (uit zorg voor slachtoffers en uit hoofde van haar zorgplichten voor de veiligheid van de samenleving) zou optreden en dan ook nog tegen zo laag mogelijke gemeenschapskosten. Hoe langer hoe meer werd ingezet op de instrumentele potenties van het (straf)recht, omdat het strafrechtelijk systeem meer en meer werd beschouwd als één van de sociale systemen om de orde en de veiligheid in de samenleving te waarborgen.

Tevens werd het strafrechtelijk ingrijpen in toenemende mate onderworpen aan kritische beschouwingen zowel door het publiek als door politici, daarbij ruimschoots gestimuleerd door de media, die zich buitengewoon geïnteresseerd zijn gaan tonen in concrete strafzaken en in strafrechtelijke thema's in het algemeen. Helaas is daarin het consumentenperspectief gaan domineren in de zin van de claimcultuur, en wel met een negatieve teneur uit ongerustheid en/of ontevredenheid over een bepaalde gang van zaken naar aanleiding van een al dan niet ernstig incident of over het verloop van een bepaalde strafzaak. In de ogen van het publiek verliepen strafzaken vaak onvoldoende effectief of niet snel genoeg dan wel mondten deze uit in een ongunstige of frustrerende afloop voor de gemeenschap. Het hardnekkige misverstand over de implicaties van de 'vormfouten' was hiervan een goed voorbeeld: het publiek wilde vaak niet begrijpen, soms naar het leek tegen beter weten in, dat een verdachte die op grond van een vormfout was 'heengezonden' in genen dele definitief vrijuit ging.<sup>7</sup> Hoe dan ook heeft dit het aanzien van het strafrecht geen goed gedaan.

De kritiek op Justitie en de rechterlijke macht is evident verhevigd onder invloed van de beweging die Pim Fortuyn heeft ontketend en de nasleep daarvan. De roep om zwaardere straffen, strengere strafwetten en harder overheidsoptreden is een bekend maatschappelijk refrein geworden van reacties op ernstige gebeurtenissen. Met name sterk populistisch georiënteerde politici beroepen zich hierop maar al te gretig als dit in hun kraam te pas komt.

---

<sup>7</sup> Zo vermeldt ook Corstens 2007 (*supra* noot 5), p. 668.

### 3. De veiligheids- en risicosamenleving

Onze samenleving is mede onder invloed van internationale ontwikkelingen en door toedoen van Europese besluitvorming gegroeid naar wat is genoemd een *veiligheidssamenleving of risicosamenleving*, ofwel een maatschappij waarin de veiligheid een ongekend hoge prioriteit heeft gekregen. Begrippen als ‘zero tolerance’, risicotaxatie en risicovermijding hebben dan ook het strafrecht gaandeweg meer in de tang genomen.

Wereldschokkende gebeurtenissen zoals de aanslagen in New York en Madrid in het begin van deze nieuwe eeuw boden daarvoor alle denkbare grond. Maar ook wordt een dergelijk beeld sterk in de hand gewerkt door de enorm gegroeide neiging van burgers om zich te identificeren met slachtoffers van delicten in het algemeen. Hierbij voegt zich de tendentie om de strafrechtspleging hoe langer hoe meer te beschouwen als een aaneenschakeling van overheidsbedrijven die de samenleving leefbaar moeten maken en houden. En ten slotte is er sprake geraakt van een consumentenmaatschappij van burgers die zich tegen elk risico denken te kunnen verzekeren.

Intussen is er geen term met een zo veelzijdige en gedifferentieerde betekenis, die tegelijkertijd zo vaak op een ongedifferentieerde wijze, zo niet bijna blindelings wordt gebruikt, als ‘de veiligheid’. Vastgesteld moet dan ook worden dat deze term veelvuldig als legitimatie en als rationalisatie van veel ingrijpende maatregelen en veranderingen wordt aangewend.

Dit alles ontwikkelde zich in samenhang met een toenemende druk van de claimende samenleving om het strafrecht te zien als een probaat middel in dienst van maatschappelijke veiligheidsdoeleinden. Het is de vraag of een dergelijk gebruik voor doelen die eigenlijk reeds bij voorbaat niet of nauwelijks bereikbaar zijn te achten niet neerkomt op een nogal symbolische aanwending van het strafrecht.

Het aldus suggereren van veiligheid aan de burger komt – althans grotendeels – neer op het verschaffen van een schijnveiligheid,<sup>8</sup> die ondertussen vanwege de gewekte verwachtingen wel een zware wissel op de organen van de strafrechtspleging trekt.

### 4. Symbolisch strafrecht en symbolische straf

Blikken wij terug op de afgelopen eeuw dan is er vaker en op uiteenlopende wijze sprake geweest van het verschijnsel symbolisch strafrecht en symbolische straf.

Het symbolisch strafrechtelijk handelen kan zich manifesteren op verschillende niveaus van de strafrechtspleging, namelijk:

---

<sup>8</sup> Deze term werd onlangs ook gebruikt door de minister van Binnenlandse Zaken, die in het kader van rampenbestrijding de provincies ‘planfixatie’ verweet, waardoor de illusie van ‘schijnveiligheid’ ontstond, zie Hoofdartikel *NRC Handelsblad* van 20 april 2007 (‘Te veel in korte tijd’).

- (a) op het terrein van de wettelijke strafbaarstellingen,
- (b) bij het strafrechtelijk optreden van OM en strafrechter,
- (c) bij de rechterlijke straftoemeting en
- (d) op het gebied van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties.

Op al deze niveaus lijkt zich de laatste jaren een verscherping van het symbolisch handelen en optreden te hebben voorgedaan, hoewel dit in de een of andere vorm ook daarvoor al wel voorkwam, maar minder frequent.

#### 4.1 (a) wettelijke strafbepalingen

Wat symbolische strafbaarstellingen betreft kan worden gedacht aan het in de wet strafbaar stellen van bepaald gedrag hoewel deze strafbaarstelling in origine bedoeld is niet of nauwelijks te kunnen worden toegepast. Maar het belangrijkste is de betekenis die er *optisch* mee wordt gedemonstreerd, terwijl er misschien eveneens enige generaal preventieve werking van zal kunnen worden verwacht.

De reden van de gebrekkige toepasbaarheid is gelegen in de on- of moeilijke bewijsbaarheid, die erin besloten ligt, dan wel in de feitelijke overbodigheid van de betreffende strafbepaling.

De veiligheidssamenleving heeft daarenboven geleid tot een aanzienlijke ‘overvraging’ van het strafrecht voor situaties die overwegend als *intentioneel* zijn te karakteriseren zonder dat (nog) voldoende hard facts als substraat daarvan zijn aan te wijzen, dit met het oog op een verwachte preventief-beveiligende werking.

Eén van de eerste symbolische strafbaarstellingen in het wetboek van Strafrecht van 1886 was ongetwijfeld de aanvankelijke strafbaarstelling van de abortus. Volgens art 295 e.v. Sr *oud* was de vrouw die opzettelijk de afdrijving of de dood van haar vrucht veroorzaakte of door een ander liet veroorzaken evenals degene die de afdrijving of de dood van de vrucht van een vrouw veroorzaakte strafbaar. Maar voor de strafbaarheid op grond van deze artikelen uit Titel XIX betreffende misdrijven tegen het leven gericht werd door de Hoge Raad als eis gesteld dat de vrucht op het moment van de afdrijving moest hebben geleefd.<sup>9</sup> Zo niet dan was er uit teleologisch interpretatief gezichtspunt geen vruchtafdrijving in de zin van de strafwet.

Dit maakt de betreffende strafbepalingen niet practicabel, zoals Ch.J. Enschedé dat heeft genoemd, dus tot een ‘dode’ letter, omdat het bewijs daarvan in de praktijk vrijwel niet te leveren viel en er dus nauwelijks van strafvervolgingen sprake was. Maar niettemin werd als de zin van deze strafbepalingen gezien dat door het loutere bestaan ervan preventieve effecten teweeggebracht zouden worden. Intussen is in de criminologie het inzicht gegroeid dat een preventieve werking van het strafrecht

---

<sup>9</sup> HR 1 november 1897, W 7038.

vooral gerelateerd is aan het daadwerkelijke justitiële optreden en de reële pakkans die de dader dan riskeert.

Het strafbaar stellen zonder uitzicht op daadwerkelijk effect zou ik in zo’n geval als puur symbolische wetgeving willen bestempelen: zolang het in de wet staat, geeft dit een extra lading aan het verbod, dus gebaseerd op uiterlijke schijn. Waarschijnlijk is de achterliggende gedachte: baat het niet, dan schaadt het niet. Aangezien veel meer gedragingen, hoewel weinig lofwaardig, zo niet zeer afkeurenswaardig, toch niet in de wet strafbaar gesteld zijn, wordt door een in feite loze strafbaarstelling de (niet altijd juiste) suggestie gewekt dat het om een ernstigere gedraging gaat dan de niet strafbaar gestelde (maar wel verwerpelijke) gedraging.

Toch is het begrijpelijk dat de verleidelijkheid van de ook door De Roos zo genoemde ‘waarden-expressieve’ betekenis van het strafrecht het soms wint van de non-practicabiliteit. De Roos benadrukt dat een waarden-expressieve betekenis van het strafrecht een centraal aspect van criminele politiek is: dit aspect verwaarlozen is het miskennen van de realiteit.<sup>10</sup> Een duidelijke exponent hiervan tekende zich in de jaren ’80 van de vorige eeuw af in de discussie rond de wenselijkheid van het strafbaarstellen van – kort gezegd – het met misbruik van voorwetenschap verhandelen van effecten. Zo werd enerzijds de symbolische normvormende betekenis van een dergelijke strafbaarstelling onderstreept, nu het gaat om een zeer laakbare inbreuk op fundamentele beginselen van loyaliteit en integriteit, terwijl anderzijds werd benadrukt dat dit tot ingewikkelde en moeilijk uitvoerbare wetgeving zou leiden, zodat deze uiteindelijk meer kwaad dan goed zou doen, omdat massale overtreding van niet werkzame bepalingen de eerbied voor het recht doet afnemen.<sup>11</sup> Maar bovendien viel over de precisering van de (financiële) schade, die van de betreffende handelingen het gevolg zou zijn, nog bijzonder veel te twisten. De praktijk van het begrip misbruik van voorwetenschap heeft in het kader van de Wet Toezicht Effectenverkeer en thans van de Wet op het Financieel Toezicht (art. 5:56 jo. art. 5:53 WFT) de terechtheid van vele reserves over deze strafbaarstelling wel aangetoond.

Een andere strafbaarstelling over de zin waarvan zich tevoren vragen hebben voorgedaan was die van belaging (stalking). Desondanks werd op initiatief van D66 het misdrijf van belaging – als klachtdelict – in 2000 in een nieuw art. 285b Sr opgenomen.<sup>12</sup> Dit delict is omschreven als: het wederrechtelijk stelselmatig opzettelijk inbreuk maken op eens anders persoonlijke levenssfeer met het oogmerk die ander te dwingen tot iets (niet) te doen of te dulden dan wel vrees aan te jagen. Een vaak ge-

<sup>10</sup> De Roos 1987 (*supra* noot 1), p. 24.

<sup>11</sup> De Roos 1987 (*supra* noot 1), p. 148-150.

<sup>12</sup> Bij wet van 27 juni 2000, *Stb.* 2000, 282.



hoord bezwaar tegen het wetsvoorstel was dat dit misdrijf zelden of nooit op zichzelf staat, maar vrijwel altijd gepaard gaat met een reeds bestaand misdrijf, zoals huisvredebreuk, belediging, bedreiging, mishandeling, etc. Dat zou betekenen dat geen sprake was van een ultimum remedium. Weliswaar waren de indianers van dit voorstel er van uitgegaan dat de onderliggende conflictsituatie eerst langs andere wegen, bijvoorbeeld bemiddeling, zou dienen te worden benaderd alvorens het strafrecht aan te wenden, maar het was uiteraard onzeker of dit zou gebeuren. Ook bestonden er gerede twijfels vanwege de (moeilijke) bewijsbaarheid van dit misdrijf. Met name leek het maken van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer een zeer interpreteerbaar delictsbestanddeel, hetgeen dubieus is uit oogpunt van het *lex certa*-beginsel. De toelichting op het voorstel bleef hierover echter summier.<sup>13</sup>

Tekenend voor het enigszins onbestemde karakter van het belagingsdelict is dat sommige auteurs als het typische van belaging beschouwden de geestelijke mishandeling van het slachtoffer, terwijl door anderen de inbreuk op de privacy als het typische ervan werd beschouwd. De wetgever heeft uiteindelijk het delict, dat oorspronkelijk was geprojecteerd in de Titel van mishandeling, bij de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid geplaatst.

Inmiddels is in de praktijk gebleken dat in veel zaken van belaging inderdaad van een cumulatie van strafbare feiten sprake is en zelfs van zeer ernstige feiten naast de belaging, zoals poging tot doodslag en tot zware mishandeling en van handelen in strijd met de Wet Wapens en Munitie. Soms staan deze duidelijk op zichzelf, maar soms rijst de vraag in hoeverre een bepaald feit valt los te zien van de handelingen die van de belaging als geheel deel uitmaken, hetgeen een samenloop-kwestie is.<sup>14</sup>

Hoe ver evenwel de interpretatie van het privé-leven, waarop inbreuk gemaakt moet zijn, kan gaan illustreert een vonnis van 2003: de Rechtbank Leeuwarden<sup>15</sup> nam een dergelijke inbreuk aan in het geval van iemand die een bij de gemeente werkzame arbeidsconsulente binnen enkele maanden tijd verschillende keren op haar werk had opgebeld teneinde haar te dwingen de vragen betreffende de toekenning van bijstand positief te beantwoorden. Daarbij had hij dreigende taal gebezigd, in de trant van: 'Ik weet je wel te vinden, grote boerentrut' en: 'Weet je wat het is om in de WAO te zitten, ik kan er voor zorgen dat jij er in komt.' De rechtbank oordeelde dat onder persoonlijke levenssfeer niet alleen iemands privé-domein moet worden begrepen, maar in zekere zin ook het domein van iemands werkzame leven. Het slachtoffer mocht er aanspraak op maken om tijdens haar werkzaamheden niet telkens op impertinente wijze telefonisch of anderszins door de verdachte te worden benaderd.

---

<sup>13</sup> Zie ook H.G.M. Krabbe en W. Wedzinga, 'Belaging in wetsontwerp 25 768', *DD* 1998, p. 215-233.

<sup>14</sup> Zie hierover: C. Kelk en R.S.B. Kool, 'Belaging in de rechtspraktijk', *DD* 2003, p. 664-674.

<sup>15</sup> Rb. Leeuwarden 6 februari 2003, LJN AF3998.

Van doorslaggevende betekenis om van belaging te kunnen spreken is dus kennelijk dat het slachtoffer stelselmatig wordt lastig gevallen en ‘achtervolgd’ op plaatsen, ook buiten de eigen woning, die voor de betrokkene een zekere beslotenheid en vertrouwelijkheid representeren.

Het lijkt me duidelijk dat de moeilijk te typeren verschijningsvorm en diffuse reikwijdte van dit delict, in samenhang met de vrijwel altijd aanwezige verwevenheid met andere, makkelijker te typeren misdrijven, wijzen op een strafbaarstelling met een sterk symbolische inslag. Dit misdrijf wil recht doen aan bepaalde situaties zoals deze door de slachtoffers worden beleefd en die meer impliceren dan de optelsom van een aantal delictsbestanddelen: zij getuigen tevens van een bepaalde bedreigende intentie van de dader.

De wetgever wilde daarom een stokje steken voor allerlei voor de slachtoffers hoogst onaangename praktijken, die in verschillende opzichten verder (kunnen) gaan dan bestaande misdrijven en derhalve een aparte kwalificatie met een eigen preventieve werking dienden te krijgen.

Wat de straftoemeting betreft kan worden geconstateerd dat in veel belagingszaken een gedragskundige rapportage wordt opgesteld, waarin geconcludeerd wordt tot een (enigszins) verminderde toerekenbaarheid. Groenhuijsen stelde reeds in 1998: ‘Gewone, geestelijk gezonde stalkers bestaan uiteraard niet.’ Hij ziet dan ook als de belangrijkste waarde van het strafrecht op dit gebied de verantwoordelijkheid die de overheid neemt voor het metterdaad tegengaan van dit gedragstype en dat de justitiële organen uit dien hoofde belast zijn met het verhinderen, verminderen en beëindigen daarvan en daartoe het slachtoffer ondersteunen. Omdat de belaging tevens in art. 67 lid 1 sub b Sv werd opgenomen zodat in de betreffende gevallen voorlopige hechtenis kan worden toegepast, zal het mogelijk zijn via schorsing daarvan gedragsbeïnvloedende voorwaarden aan de verdachte te stellen. Groenhuijsen merkt dan ook op dat het strafrecht in dezen als ‘interventierecht’<sup>16</sup> werkt en niet zozeer als sanctierecht, aangezien we het in dit soort gevallen niet van de strafoplegging zullen moeten hebben.

Op deze wijze wordt het strafrecht als het ware boven zijn functie van (repressief) sanctierecht uitgetild en overgeheveld naar de gedragsbeïnvloedende mogelijkheden die het strafprocesrecht via zijn dwangmiddelen in de loop der tijden in het voorportaal van de toepassing van het materiële strafrecht meer is gaan bieden.

In zoverre is het materiële recht in dit soort gevallen tot een symbolische entiteit geworden.

Ten slotte is de veiligheid van de samenleving een steeds zwaardere hypotheek op het strafrecht gaan leggen, met name voorzover *kwade intenties* in de kiem zouden dienen te worden gesmoord. De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen,

---

<sup>16</sup> M.S. Groenhuijsen, ‘Stalking. Strafrecht als interventierecht’, *DD* 1998, p. 521-526.

aanvankelijk in 1985 alleen in het kader van de Opiumwet en in 1994 in art. 46a Sr voor een groot aantal zwaardere misdrijven, betekende een breuk met de traditioneel heersende opvattingen over de strafbare poging en de strikt objectieve leer daaromtrent.

Maar de gevoelde noodzaak om reeds tijdens de voorbereidende fase geplande misdrijven te kunnen keren kreeg daarboven de voorrang.

De wet op de terroristische misdrijven vormde hierop in zekere zin een vervolg, waarbij het terroristische motief voor een groot aantal misdrijven doorslaggevend is om van een terroristisch misdrijf te kunnen spreken. Inmiddels hebben we gezien hoe précair het in dit soort contexten met de hantering van het bewijsrecht toe gaat<sup>17</sup> en hoezeer de rechter moet balanceren op het slappe koord van het bewijsstelsel. En dit geldt temeer als het gaat om voorbereidingshandelingen in combinatie met een terroristisch motief.

Corstens heeft al direct voorspeld dat deze wetgeving rechters in moeilijkheden zou brengen, nu onder invloed van terreurdreigingen nieuwe strafbaarstellingen werden ingevoerd en samenspanning in meer gevallen dan voorheen strafbaar werd, zodat strafbaarheid zelfs mogelijk is geworden voordat het tot voorbereiding is gekomen, terwijl daarnaast ook een navenante verruiming van de toepassing van de dwangmiddelen werd beoogd.<sup>18</sup> Door Buruma is vervolgens betoogd dat deze wetgeving vooral symbolische betekenis heeft en van de wens getuigt daadkracht te simuleren.<sup>19</sup>

Het bestaan van een speciale afdeling met een bijzonder (extreem streng en sober) regime in de EBI voor justitiabelen op grond van de wetgeving terroristische misdrijven markeert nog eens het extravagante karakter van dit deel van het strafrecht. De symbolische betekenis daarvan is gelegen in de demonstratie aan de burgers dat evident wordt tegemoet gekomen aan hun welhaast als recht gevoelde behoefte om gerust gesteld te worden. Niet alleen het algehele verblijf zelf op deze afdeling, maar ook de wijze waarop de bezoekers worden bejegend staat sterk in het teken van het voorkomen van grote gevaren. Aldus wordt de schijn gewekt alsof de terreurdreiging als het ware is 'dichtgetimmerd', overigens een geliefde term in de wereld der assurantiën. Daardoor is het regime voor de betrokkenen onverteerbaar, terwijl

---

<sup>17</sup> Zie Rb. Rotterdam 6 april 2005, LJN AT3315 (vrijspraak: bepaalde bij Samir A. aangetroffen voorwerpen en stoffen zijn weliswaar – althans deels – kennelijk bestemd tot het plegen van enig misdrijf waarbij een ontplofing teweeg wordt gebracht, maar direct bewijs van zijn opzet ontbreekt en bovendien zijn de aangetroffen voorwerpen en stoffen een ondeugdelijk middel daartoe); Hof Den Haag 18 november 2005, LJN AU6181 (vrijspraak: aan het 'kennelijk bestemd zijn' moet een objectieve invulling worden gegeven, nl. dat van deze voorbereiding, in relatie tot de aanwezige voorwerpen en stoffen, een reële bedreiging moet uitgaan, teneinde te voorkomen dat de strafbaarstelling louter intenties zou treffen). HR 20 februari 2007, LJN AZ0213 (cassatie: de maatstaf van het hof is te beperkt).

<sup>18</sup> G.J.M. Corstens, 'Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging', *NJB* 2005, p. 289.

<sup>19</sup> Y. Buruma, 'Kroniek van het strafrecht', *NJB* 2005, p. 1613-1619, p. 1613.

ook de bezoekers bij elk bezoek weer zeer gedemotiveerd raken. Dit is het gevaar van een ‘delictsgevangenis’ als deze: alle op grond van veronderstelde agressie genomen maatregelen wekken juist agressie op, zodat een self-fulfilling prophecy plaats vindt.

Het Nederlandse penitentiare bestel kent in beginsel geen delictsgevangenen, ofwel inrichtingen of afdelingen die bestemd zijn voor bepaald typen misdrijven.

De bijzondere afdeling voor terroristen is in 2006 ingesteld, hoewel door de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming negatief werd geadviseerd over de invoering hiervan. Het advies hierover was evenwel door de Minister van Justitie in een zó laat stadium gevraagd, dat dit toen het gereed was reeds door de feiten was achterhaald.

De raad spreekt echter in haar advies de vrees uit dat betrokkenen tijdens gemeenschappelijke activiteiten elkaar zullen versterken in hun denkbeelden en dan (verder) zullen radicaliseren, terwijl ze voorts door de verzwaarde detentieomstandigheden als ‘martelaars’ een hogere status onder gelijkgestemden zullen verwerven. Derhalve valt het zeer te betwijfelen of zij wel bij elkaar gedetineerd zouden moeten worden.<sup>20</sup>

#### 4.2 (b) strafrechtelijk optreden van OM en rechter

De maatschappelijke druk waaraan de gerechtelijke autoriteiten moeilijk geheel kunnen ontkomen prikkelt hen ertoe dat ze in hun dagelijkse werkzaamheden voldoende bereidheid tonen om naar de stem van de samenleving te luisteren. De roep om strengere straffen als genoegdoening voor slachtoffers en voor alle burgers die zich hun lot aantrekken laait, zoals bekend, met name na zeer ernstige gebeurtenissen (geweld, doodslag, moord, verkrachting, etc.) geregeld op. Ook onder politici zijn dergelijke reacties hoorbaar.

Daarbij gaat het niet alleen om strengere bestraffing, maar ook om een niet al te strikte hantering van de strafrechtelijke grenzen in concrete zaken.

Schalken sprak al jaren geleden van ‘imagocratie’,<sup>21</sup> waarmee hij wilde uitdrukken dat in de rechtsstaat niet meer altijd de democratische verhoudingen beslissend zijn, maar de door de media opgeroepen beelden, waarop de politici zich soms veel te veel baseren en waardoor ook de justitiële functionarissen niet onberoerd kunnen blijven.

Exemplarisch lijkt me de ontwikkeling rond het strafrechtelijke *culpa-begrip*.

Er is een tijd geweest dat men voor de culpose misdrijven eigenlijks nauwelijks plaats zag in ons overwegend doleus geconcipieerde strafrecht. Door de geleerden werden vernuftige omwegen bewandeld om de strafbare onnadenkendheid met fa-

<sup>20</sup> Advies van de RSJ van 25 september 2006.

<sup>21</sup> Tom Schalken, ‘Ont-beelden, een eigentijdse therapie’, in: René Fokué et al., *Grenzen tussen goed en kwaad*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1998, p. 115-127, p. 119.

tale gevolgen te voorzien van een voldoende rationele basis teneinde er zelf geen slecht geweten aan te hoeven overhouden. Zo was er de bekende redenering dat bij degene die culpoos heeft gehandeld of nagelaten sprake van een verstandsfout of temperamentsfout is. Ook is verdedigd dat in de culpa een aspect van opzet of aperte onwil<sup>22</sup> is te onderkennen, namelijk het niet willen zien van de gevolgen van bepaald handelen. Inderdaad valt dit fenomeen te veronderstellen bij de hardnekkig gevaarlijke rijders in het (snel)verkeer.

Intussen heeft in het algemeen het denken over de strafwaardigheid van culpose gedragingen niet stilgestaan. De veroordeling van de verpleegster, die op grond van de onverbiddelijke Garantenstellung uit hoofde van haar zeer veeleisende beroep schuldig werd verklaard aan een beroepsfout met dodelijk gevolg, hoewel deze vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval (onder andere wanorde in de operatiezaal waarmee de betrokkene als operatiezuster bij een spoedoperatie plotseling werd geconfronteerd) zeer invoelbaar was,<sup>23</sup> werd in 1963 al als buitengewoon streng beschouwd. Aan de schuldigverklaring deed de volkomen symbolische sanctie van 100 gulden boete (thans: 45 euro) als sluitstuk niets af: de verwijtbaarheid was er en bleef er. Zelfverwijt over het rampzalige gevolg, de dood van een patiënt, was voor de verpleegster de straf die werkelijk pijn deed. Dit is de tragedie van de zuiver culpose delicten ten voeten uit: niet (tijdig) nagedacht hebben waar nadenken zorgplicht was geweest. De betrokkene lijdt diep onder zijn of haar nalatigheid, hetgeen alleen nog maar pijnlijker wordt als men heeft gefaald als deskundige. Overigens zou de zaak van de verpleegster in deze tijd wellicht in niet mindere mate een strafzaak van het ziekenhuis als rechtspersoon zijn geweest.

Het OM lijkt minder moeite te hebben gekregen met de vervolging ter zake van culpose misdrijven. En ook de strafrechter wekt de indruk met minder scrupules tot een veroordeling te kunnen komen. Dit is voor de hand liggend als het gaat om uit grove onverschilligheid geboren *roekeloosheid*, die intentioneel het opzettelijke handelen enigszins nadert. Maar juist deze gevallen worden sinds 2005 door de wetgever als een aparte categorie van culpose misdrijven beschouwd waarvoor ook hoger strafmaxima gelden,<sup>24</sup> terwijl voorheen culpa pas in geval van grove onachtzaamheid in de zin van roekeloosheid werd aangenomen.

Wij zien al met al meer situaties onder het bereik van een culpoos misdrijf gebracht worden, waarbij de culpa wordt geconstrueerd op basis van een in abstracto gestelde, niet altijd exact te omschrijven zorgplicht. Door teveel 'Hineininterpretieren' in dit opzicht kan gemakkelijk onrecht worden gedaan aan de betrokkene: het ex post aanwijzen van een zorgplicht, bijvoorbeeld in de zin van voorzichtigheid is gebo-

<sup>22</sup> Zie J.T. Bos, 'Het schuldoordeel als machtswoord', *Recht en Kritiek* 1982, p. 5-42, p. 17.

<sup>23</sup> HR 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512 (Verpleegstersarrest).

<sup>24</sup> Zie art. 307 lid 2 Sr, dat roekeloze dood door schuld met maximaal vier jaar gevangenisstraf bedreigt, terwijl op dood door schuld in het eerste lid van dat artikel twee jaar bedreigd staat. Zie in gelijke zin: art. 308 Sr (zwaar lichamelijk letsel door schuld).

den, zal toch niet mogen plaats vinden zonder daarbij tevens het causale verband met het gevolg, op zijn minst in de zin van voorzienbaarheid van het gevolg, aan te wijzen.

Dirk Herman de Jong beschouwt als een achtergrond van de extensieve ontwikkeling van de culpa het feit dat de overheid in veel sectoren van het maatschappelijk leven handelings- en gedragsvoorschriften in het belang van de veiligheid heeft uitgevaardigd, zoals op de terreinen van het milieu, het verkeer, techniek, etc. Daardoor is geleidelijk aan, zo stelt hij, ‘de aanmerkelijke schuld in de coulissen geplaatst.’ Wordt eenmaal gehandeld in strijd met zo’n voorschrift dan wordt al snel schuld aangenomen. Hij spreekt van een ‘veruitwendigde’ benadering van de culpa.<sup>25</sup> Een voor dit gezichtspunt belangrijke factor is dat de mens als participant in de samenleving voortdurend als ‘functionaris’ wordt beschouwd, hetgeen het normatieve gehalte van de Garantenstellung enorm heeft doen uitdijen. De ‘schuldige’ bij uitzondering van voorheen is de ‘aansprakelijke’ als uitgangspunt van nu geworden.

Dit is zeker juist, al is het soms niet goed begrijpelijk waarom bepaalde gedragingen niet reeds in de vorm van een délit barrière zijn verboden, zoals het fietsen met een mobieltje aan het oor, dat met name in de grote steden uitermate gevaarlijk kan zijn. Waarom moesten er eerst dodelijke ongevallen plaatsvinden voordat automobilisten strafbaar werden als ze tijdens het chaufferen niet handsfree aan het telefoneren waren?

Een en ander neemt niet weg dat met de komst van de vele gedragsvoorschriften de innerlijke verantwoordelijkheid van de mens steeds meer geconverteerd is in een maatschappelijke aansprakelijkheid die op deze wijze veel grover wordt toegerekend.

Dit laatste heeft in deze veiligheidssamenleving duidelijk tot een symbolische olie-vlekwerking geleid. Ik denk aan enkele recente diep tragische voorvallen, die in een vervolging wegens culpa zijn uitgemond.

De gezinsvoogd van Savanna is in 2006 strafrechtelijk vervolgd wegens dood door schuld nadat de driejarige Savanna was overleden als gevolg van verstikking: haar moeder had haar een prop in de keel geduwd om haar stil te krijgen. Het meisje bleek ondervoed en stelselmatig door haar moeder en stiefvader te zijn mishandeld. De gezinsvoogd van het Bureau jeugdzorg, zo werd gesteld, had eerder moeten ingrijpen op grond van wat haar bekend was of had kunnen zijn over de gezinsverhoudingen. Dat dit erg ver gaat werd door een collega van haar aldus verwoord: ‘de gezinsvoogd wordt aan de schandpaal genageld.’ In deze visie werden ook factoren als te weinig personeel, te weinig geld en teveel bureaucratie als belangrijke factoren gezien, die erop duiden dat de samenleving zelf risico’s heeft genomen die niet zonder meer alleen op een gezinsvoogd kunnen worden afgewenteld. Ook al was de be-

---

<sup>25</sup> D.H. de Jong, ‘Verantwoordelijkheid en schuld’, *DD* 1999, p. 827-839, p. 833.

trokken gezinsvoogd al verschillende malen gewaarschuwd door anderen, deze bezocht – zoals te doen gebruikelijk – het gezin slechts periodiek.

De Justitie erkent dat gezinsvoogden onder moeilijke omstandigheden moeten werken, maar heeft in dit geval toch gemeend openlijk zijn verantwoordelijkheid te moeten nemen. Dit lijkt sterk op een symbolische geste, temeer daar het OM reeds direct heeft laten weten de gezinsvoogd niet achter tralies te wensen, maar te denken aan een taakstraf omdat het OM ‘met deze zaak een duidelijk signaal wil afgeven’. Uit de kringen van de gezinsvoogden is betoogd dat incidenten alleen kunnen worden voorkomen als de gezinsvoogd bij een gezin gaat inwonen en dat pas in het uiterste geval, afhankelijk van informatie van anderen die vaker contact hebben met het gezin, een kind uit huis wordt gehaald vanwege het traumatische effect daarvan. Voorts is men bevreesd dat het besluit tot vervolging tot gevolg zal hebben dat kinderen vaker uit huis zullen worden geplaatst ter vermijding van risico’s.<sup>26</sup> Het is duidelijk dat in dit veld structurele voorzieningen voorhanden dienen te zijn, die rampzalige drama’s moeten voorkomen, zoals het tijdig bieden van hulp aan ouders bij de opvoeding van hun kinderen.<sup>27</sup> Het aanwijzen van een schuldige die de laatste schakel in de gebrekkige keten van preventieve activiteiten is lijkt op het eerste gezicht neer te komen op het aanwijzen van een zondebok, bij uitstek *het symbool van het door het gevolg aangerichte kwaad*.

Een laatste geval was dat van de leraar die in juni 2006 het tijdens een schooluitje gemaakte kampvuur overgoot met wasbenzine, waarna een steekvlam ontstond met als gevolg dat drie leerlingen gewond raakten. De Rechtbank te Alkmaar was van oordeel dat hier sprake was van een uitzonderlijk geval, waarbij een aaneenschakeling van toevalligheden tot de verwondingen had geleid en achtte het onmogelijk vast te stellen of van de leraar verwacht had mogen worden het ontstaan van een steekvlam te hebben kunnen voorzien. Hier dacht het OM kennelijk anders over en eiste 180 uur werkstraf alsmede vier maanden voorwaardelijke gevangenisstraf. De leraar werd echter vrijgesproken.

Een verschil met de vorige casus was natuurlijk wel dat het gewraakte handelen niet in direct verband stond met de professie van de leraar, dus niet op een vergelijkbare wijze onderworpen is aan de Garantenstellung, waartegenover staat dat extra voorzichtigheid altijd geboden is als een leraar niet geheel risicoloze handelingen verricht in de buurt van zijn leerlingen voor wie hij op dat moment een zekere zorg heeft. Maar bij die zorg behoorde in casu ook het laten genieten van een kampvuur, dat nu eenmaal tot de goede tradities bij schooluitjes hoort.

---

<sup>26</sup> NRC Handelsblad van 8 december 2006.

<sup>27</sup> NRC Handelsblad van 14 januari 2006.

Het OM ging tegen de vrijspraak in hoger beroep en stelde er meer begrip voor te hebben gehad als de leraar schuldig verklaard zou zijn zonder oplegging van straf.<sup>28</sup> Zelfs een relatief lage bestraffing kan het grote leed van de strafvervolgning, noch dat van het terechtstaan van mensen die naar eer en geweten hebben gehandeld niet wegnemen. Zij voelen zich bij uitstek als zondebok gestigmatiseerd.

Ik geef nog een ander voorbeeld van sterk symbolisch gekleurd strafrechtelijk optreden. Dit betrof een aantal jaren geleden (in 2002) de veelal straatarme *drugskoeriers* uit verre landen, die met ingeslikte cocaïnebolletjes in hun lijf op Schiphol waren aangehouden. Het aanvankelijke, zeer praktische, beleid om de betrokkenen na verwijdering van hun maaginhoud met een dagvaarding in de hand op het vliegtuig naar het land van herkomst te zetten, werd door een Kamermeerderheid afgekeurd op grond van het argument dat het internationale imago van Nederland op het spel stond en dat de rechtsstaat zo werd ondermijnd. Het gevolg was dat het OM tot een consequente vervolging diende over te gaan en dat de rechterlijke macht genoodzaakt werd tot een op de betreffende richtlijnen gebaseerde straftoemeting die weinig of geen oog had voor individuele achtergronden van de betreffende arme sloebers. Vervolgens moest ook het reeds overvolle gevangeniswezen ijlings worden uitgebreid met een noodcapaciteit, die zich qua bouw hiervoor eigenlijk niet goed leende en met een voor onze begrippen ongekend pover regime. Een en ander werd razendsnel geregeld.<sup>29</sup>

Het was duidelijk dat de in politieke kring blijkbaar moeilijk uit te roeien *waan van de dag* het in dezen won van de belangrijke strafrechtelijke beginselen, die zijn gelegen in het ultimatum remedium- en het individualiserende karakter van het strafrecht.<sup>30</sup>

#### 4.3 (c) *bestrafing*

In het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland (1809-1811) kwam als straf voor dat op het schavot met een zwaard over het hoofd van de veroordeelde werd gezwaaid alsof het de terechtstelling van een ter dood veroordeelde betrof: de voltrekking was echter schijn en er was sprake van een ‘symboolstraf’.<sup>31</sup>

Tot nog niet zo heel lang geleden bestond in België daarop een variant: de doodstraf kon wel worden uitgesproken, doch werd nimmer uitgevoerd. Er vond automatische gratie plaats. De doodstraf was dus een symbolische straf in de zuiverste zin.

<sup>28</sup> NRC Handelsblad van 31 oktober 2006.

<sup>29</sup> Zie de Tijdelijke wet voor de penitentiaire noodcapaciteit ten behoeve van drugskoeriers, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 201, nrs. 1-3.

<sup>30</sup> Zie hierover: M. Boone, ‘Richtlijn of regel?’, in: M. Boone et al. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 227-247.

<sup>31</sup> Zie W.A.H. Jonkers e.a., *Het penitentiair recht* (losbl. ed.), Gouda Quint, VIII, p. 13.



Overigens heeft vele jaren lang de bewaringsmaatregel van beroeps- en gewoontemisdadigers (sinds 1929) in ons Wetboek van Strafrecht afgedrukt gestaan (art. 43 bis Sr), zonder dat dit wetsartikel ooit is ingevoerd.

En zeer onlangs werd over de nieuw in te voeren hoofdstraf van elektronisch huis-arrest ('thuisdetentie') vanwege alle gecompliceerde voorwaarden die in de thuissituatie vervuld moeten zijn om deze straf inderdaad een straf te doen zijn, de vrees geuit dat deze een grote kans maakt te mislukken en te 'blijven steken in symboliek'.<sup>32</sup>

Maar met de term 'symbolische straf' wordt doorgaans nog iets anders bedoeld. Het gaat daarbij om een straf die slechts een fractie belooft van wat in een zaak als de betreffende eigenlijk passend zou zijn, ware het niet dat er gegronde redenen zijn om de straf tot een symbolische omvang terug te brengen.

Ik denk aan zaken waarin een schuldigverklaring zonder oplegging van straf (ex art. 9a Sr) gezien de geringe ernst van de zaak in feite denkbaar zou zijn, maar waarin behoefte bestaat iets substantiëler het verkeerde karakter van het strafbare feit te onderstrepen en daarom niet te volstaan met louter de vaststelling van de schuld. Vaak wordt dan gesproken van 'een signaal afgeven', kennelijk met gedachten van generale preventie en van inscherping van de geschonden norm in het achterhoofd. Het rechterlijk pardon leent zich uitstekend voor toepassing in een proefproces, waarin het uiteindelijk niet te doen is om bestraffing, maar om de principiële constatering van de al dan niet toelaatbaarheid van bepaald handelen. En verder kan het om hoogst futiele, vrijwel verwaarloosbare versies van bepaalde delicten gaan.

Aan de symbolische straf worden dus op een iets markantere wijze generaal preventieve doeleinden toegeschreven, ondanks de weinig ernstige versie van het delict gezien de verminderde schuld of verminderde wederrechtelijkheid in concreto. Te denken valt aan situaties, waarin *bijna* sprake was van noodweer of noodtoestand, van overmacht of noodweerexces, maar volgens strikt dogmatische maatstaven nog net niet. De flink uitgekledde straf kan dan de eventuele belasting van het geweten van de rechter compenseren.

Zo geschiedde in het reeds genoemde Verpleegstersarrest, waarin materieel een beroep op overmacht of avas werd afgewezen omdat dit in de boezem van het bewijs van de culpa reeds was verdisconteerd. Dat is vaker het geval in culpose strafzaken. De verpleegster werd, zoals gezegd, gestraft met 45 euro boete.

Voorheen moest in euthanasie-zaken de vraag worden beantwoord onder welke condities een beroep op noodtoestand denkbaar was en naderhand deed zich hetzelfde voor in zaken van a-typische euthanasie, zoals betreffende de levensbeëindiging van zwaar gehandicapte pasgeborenen, van mensen met een zwaar psychische

---

<sup>32</sup> NRC Handelsblad van 4 mei 2007 ('De doe-het-zelfstraf').

problematiek, etc. De intentie van de arts mocht in beginsel volkomen zuiver en onverdacht zijn, dit nam niet weg dat hij pijnlijkerwijze wel in de verdachtenbank belandde. Een aantal van deze zaken hadden evident het karakter van proefproces, met wisselend resultaat: ofwel ontslag van alle rechtsvervolging op grond van noodtoestand,<sup>33</sup> ofwel een symbolische straf<sup>34</sup> of rechterlijk pardon.<sup>35</sup>

Een reële bestraffing kan tevens als onredelijk worden gevoeld ingeval van nieuwe wetgeving, waarvan de gelding nog moet doordringen tot het publiek waarvoor die wetgeving primair is bestemd zonder dat er voldoende reden is om disculperende rechtsdwaling aan te nemen.

Ook kan van een symbolische straf worden gesproken als deze niet enige menselijke persoon individueel treft, maar bijvoorbeeld een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Zo is in het verleden door verschillende Ministers van Justitie tegen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat als argument aangevoerd dat het opleggen van een geldboete louter symbolisch is, aangezien geen daadwerkelijke vermogensoverdracht plaats vindt. De Commissie-Roelvink<sup>36</sup> stelde zich echter op het standpunt dat het weliswaar naar buiten toe om een louter symbolische sanctie gaat, maar dat de geldboete het betrokken staatsonderdeel wel degelijk ‘pijn’ kan doen. Departementen moeten een geldboete als autonome tegenvaller in de eigen begroting opvangen. Daarnaast zal *het aanzien* van de betrokken bestuurders flink worden aangetast. De commissie vindt dat de waarde van de strafrechtelijke sanctionering van publiekrechtelijke rechtspersonen vooral is gelegen in de symbolische werking ervan.<sup>37</sup>

Een geheel andere vorm van symbolisch straffen is het onder omstandigheden juist hard willen uitpakken teneinde door middel van een surplus boven de proportionaliteit van de straf de betrokkene zijn foute gedrag scherp in te wrijven. Gevallen van eerwraak kunnen daarvan als voorbeeld dienen. Maar ook in het algemeen is het geen uitzondering dat direct nadat zich een of meer incidenten hebben voorgedaan een grote behoefte doet gelden aan een zekere onderdrukkingsmagie. Daartoe worden niet zelden imaginaire, zware sancties voorgesteld waarmee het kwaad onmiddellijk de kop zou kunnen worden ingedrukt. Hetzij door middel van wetgeving en regels, hetzij via maatregelen van de uitvoerende macht wordt dan ‘keihard’ optre-

<sup>33</sup> Hof Amsterdam 7 november 1995, NJ 1996, 554 (zaak-Prins) en in hetzelfde jaar de zaak-Kadijk, beide betreffende de levensbeëindiging van een zwaar gehandicapte pasgeboren baby.

<sup>34</sup> Rb. Leeuwarden 21 februari 1973, NJ 1973, 183 (zaak Postma). Het vonnis luidde: 1 week voorwaardelijke gevangenisstraf.

<sup>35</sup> HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 (zaak-Chabot) betreffende hulp door een psychiater bij zelfdoding in geval van duurzaam psychisch lijden.

<sup>36</sup> Advies Commissie-Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat*, Den Haag 2002.

<sup>37</sup> Advies Commissie-Roelvink 2002 (*supra* noot 36), p. 22.

den geëist, zoals de terminologie vaak luidt. Hieruit spreekt een geloof in het strafrecht als panacee van maatschappelijke euvelen. Een enkele keer, het zij toegegeven, kan ook bij nadere overdenking de gedachte van hard optreden worden gevolgd, maar dan moet er van een zekere frequentie sprake zijn. Werkelijke reflectie vergt echter de nodige tijd.

Het symbolische ligt evenwel in de exclamatie van het moment waarbij de suggestie wordt gewekt dat er nog niet eerder vertoonde zware kapers op de kust zijn die door keihard optreden kunnen worden bedwongen. Het is te betreuren dat ook parlementariërs om het volk te behagen of een concurrerende partij vóór te zijn, zich te goed doen aan dergelijke cry out-fora die hen door sommige media maar al te graag ter beschikking worden gesteld. Zij zouden echter in veel gevallen beter moeten weten.

Aldus moeten voorstellen als van de Kamerleden Eerdmans (LPF) en Wilders worden begrepen, door wie in 2006 resp. werd bepleit om voor moordenaars een strafminimum van vijftien jaar gevangenisstraf in te voeren<sup>38</sup> (terwijl strafminima in ons strafrecht onbekend zijn) en voor mensen die driemaal een ernstig geweldsmisdrijf hebben gepleegd een verplichte veroordeling tot levenslang.<sup>39</sup>

Soms ligt het onderscheid tussen reële straf en symbolische straf buitengewoon subtiel. In 1990 oordeelde de Nationale ombudsman dat een berisping ten parkette tijdens een seponeringsgesprek onjuist was: een berisping is afkeurend en heeft daarom het karakter van een leedtoevoegende straf, waartoe het OM niet gerechtigd was en nog niet is. Wel mag er bij een seponeringsgesprek een vorm van waarschuwing doorklinken, maar verder dan dát mag het niet gaan.<sup>40</sup> Dit laatste wordt zonder twijfel door de verdachte niet veel anders dan als een regelrechte berisping, dus met een zekere punitieve lading, ervaren.

Inmiddels heeft het OM vergaande autonome sanctioneringsbevoegdheden gekregen, die de zwaarte van de berisping sterk kunnen overstijgen, maar het onderscheid tussen straffende berisping en niet straffende waarschuwing blijft van kracht.

In het medisch tuchtrecht is de waarschuwing een maatregel, die anders dan de maatregel van de berisping geen verwijtende en veroordelende strekking heeft, doch allen maar de onjuistheid van een handeling duidt zonder daarop het stempel van laakbaarheid te drukken. De berisping is dus wel zwaarder van karakter dan de waarschuwing.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *De Volkskrant* van 26 oktober 2006.

<sup>39</sup> *NRC Handelsblad* van 21 augustus 2006.

<sup>40</sup> N.o. 1990, nr. 90/R 847.

<sup>41</sup> *Kamerstukken II* 19 522, nr. 3, p. 76 (memorie van toelichting bij de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg, de wet BIG).

#### 4.4 (d) tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties

Ook op het terrein van de sanctietenuitvoerlegging zijn symbolische praktijken geenszins uitzonderlijk.

Om te beginnen staat de penitentiare fase sinds 1953, bij de inwerkingtreding van de Beginselenwet Gevangeniswezen, in het teken van een aantal executiebeginselen, die in de praktijk een sterk symbolische betekenis hebben.

Zo heeft het resocialisatiebeginsel voor de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf nooit een alomvattende substantiële inhoud gehad. Het hield een opdracht aan het gevangeniswezen in om aan voorbereiding van de terugkeer van de veroordeelde naar de samenleving een en ander te doen. Over de aard en inhoud van dit laatste sprak de wet zich slechts beperkt uit. Onder meer werden de arbeidsplicht voor veroordeelden en de noodzaak van sociale zorg voor de gedetineerden genoemd.

Door de nieuwe Penitentiare Beginselenwet van 1999 (PBW) werd daarin iets uitgebreider voorzien, al blijft het karakter van het resocialisatiebeginsel sterk symbolisch getint. Concrete aanspraken kunnen er immers door de gedetineerde, noch door anderen aan worden ontleend. Wel werd in 1999 de werking van het resocialisatiebeginsel uitgebreid naar de situatie van de onveroordeelde gedetineerden, zoals omgekeerd het beginsel van minimale beperkingen niet meer beperkt bleef tot het regime van de onveroordeelde, en wel als een uiting van de *presumptio innocentiae*. Ook de veroordeelden vallen nu onder het bereik daarvan, zij het zonder harde aanspraken daaraan te kunnen ontleen.

Het is het lot van elk beginsel om geen harde, maar in de eerste plaats een meer geabstraheerde betekenis te hebben, maar er wordt intussen wel – ook internationaal – veel waarde aan deze executiebeginselen als uitgangspunten voor het beleid gehecht.

Het is niet onwaarschijnlijk dat ze in grote lijnen een zekere weerspiegeling vormen van hoe bepaalde detentiesituaties er uitzien.

Gezegd moet worden dat verruiming van de regimes, die meer dan eens plaats vonden, en versterkingen van de rechtspositie van gedetineerden, de invoering van het beklagrecht in 1977 in het bijzonder, altijd wel werden geschraagd met onder meer een beroep op het resocialisatiebeginsel. In zoverre noemde ik dit dan ook een ‘rationalisatiebeginsel’. Hieraan doet niet af dat bezuinigingsrondes soms weer een en ander ongedaan maakten.

Het laatste decennium is de veiligheid een steeds zwaarderwegende factor geworden in de tenuitvoerleggingsfase. De PBW heeft veel selectie- en differentiatiecriteria voor het gevangeniswezen geschrapt, maar de mate van beveiliging werd een centraal criterium voor de differentiatie van penitentiare inrichtingen (p.i.’s).

Men moet toegeven dat de tijd van veel ontvluchtingen uit gevangenis voorbij lijkt te zijn. Toch moet ik nog altijd denken aan de menselijke maatstaf voor de Nederlandse gevangenis, zoals die nog in de jaren ’70 ruimschoots werd gedeeld: een

gevangenis is niet meer humaan als men er niet uit kan vluchten. Ik zeg dit op een gepast fluisterende toon.

Sterk symbolisch voor het (vaak te veel ontbrekende) re-educatie- en resocialisatieperspectief in de inrichtingen is m.i. het recente voorstel uit de Tweede Kamer om inrichtingskleding, in de eerste plaats voor jeugdige gedetineerden, weer in te voeren. De bedoeling is om de machocultuur met name onder jongeren met een allochtone achtergrond, die ook in de gevangenis de neiging hebben dure merkkleding en 'bling-bling' sieraden te (blijven) dragen, radicaal te doorbreken. Dit zou echter in werkelijkheid een te forse stap terug betekenen in de geleidelijk gegroeide autonomie voor gedetineerden. In dit verband is dan ook van 'symbool-politiek' gesproken, aangezien het veel zinniger zou zijn de betrokkenen maatschappelijk op weg te helpen dan ze in een stigmatiserende kledij te steken.<sup>42</sup>

De afgelopen jaren heeft de terbeschikkingstelling (tbs) zeer roerige tijden meegeemaakt. Een sprekend voorbeeld van het verschijnsel dat door de Tweede Kamer nogal eens erg snel 'de' veiligheid wordt aangegrepen, is diens reactiepatroon op – soms zeer ernstige incidenten – in de sfeer van de tbs. Meer dan eens werden door verpleegden tijdens proefverloven zware geweldsmisdrijven gepleegd nadat zij zich al dan niet aan het toezicht hadden onttrokken. Dit verschijnsel heeft zolang wij de tbs kennen bestaan, maar steeds opnieuw moet de Minister van Justitie de Kamer desgevraagd voorhouden dat de tbs alleen kan functioneren bij de gratie van het verlenen van geleidelijk toenemende vrijheden en verloven. In de ogen van sommigen is de tbs in ons sanctiestelsel geenszins onaantastbaar en moeten meer verpleegden in aanmerking komen voor plaatsing op een longstay-afdeling, waar men niet of nauwelijks meer afkomt.

De in 2006 ingestelde Tijdelijke commissie onderzoek tbs (de Commissie-Visser) heeft zich echter uitdrukkelijk uitgesproken tegen de ontwikkeling van longstay-afdelingen. Zich baserend op vele hoorzittingen van deskundigen uit het tbs-veld, deed deze commissie een groot aantal voorstellen om de tbs te verbeteren, die grotendeels door het kabinet werden overgenomen. Zo schreef de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer<sup>43</sup> dat het personeel dat verloven begeleidt een scholingsprogramma zal moeten volgen om z'n alertheid te verscherpen, terwijl naast sociotherapeuten zonodig ook opgeleide beveiligers bij de begeleiding moeten worden betrokken. Daarentegen wordt het elektronische volgsysteem in dit verband nog onvoldoende bruikbaar geacht.

Voorts wordt een adviescollege verloftoetsing ingesteld, bestaande uit negen forensisch gedragskundigen, dat alle verloven eerst moet beoordelen. En ten slotte zullen slachtoffers desgewenst in kennis worden gesteld van de afgegeven verlofmachtigingen en zullen nabestaanden van slachtoffers kunnen worden begeleid.

---

<sup>42</sup> NRC Handelsblad van 20 april 2007.

<sup>43</sup> Brief van 11 december 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 452 en 30 250, p. 55.

Zelfs is in 2007 het zeer omstreden idee geopperd van een knieslot om het been van de verpleegde dat hem tijdens het verlof het vluchten onmogelijk zou moeten maken, maar hierover is niets meer vernomen. Het toont aan hoe onverbiddelijk de volksstem denkt over de veiligheid. Aan verbeteringen op het terrein van de risico-taxatie is de laatste tijd serieus gewerkt, maar dit betekent allerm minst dat alle risico's met deze categorie justitiabelen te enen male zijn te vermijden. Al te drastische middelen schieten hun doel bovendien wel voorbij. Wie per se wil vluchten zal daartoe vroeg of laat een kans weten te grijpen: daartegen helpt geen maatregel, zeker niet als deze een uiting is van een over-snelle, vooral symbolische, reactie op incidenten.

## 5. Slotsom

Uit het voorgaande spreekt het pluriforme karakter van het begrippenpaar symbolisch strafrecht en symbolisch straffen. Bovendien is daarvoor de geest van de tijd, waarvan ook het strafrecht nu eenmaal wisselende invloeden ondergaat, niet onbelangrijk.

Zo is symbolische strafwetgeving enigszins te verwachten als een strafbaarstelling wordt nagestreefd die sterke indicaties in zich draagt dat deze niet of nauwelijks uitvoerbaar zal zijn. Het symbolische karakter steekt dan in het normbevestigende en/of -versterkende streven dat er mee wordt beoogd. Het gevaar van loze strafbepalingen is evenwel dat zij – wellicht zelfs massaal – straffeloos kunnen worden overtreden, hetgeen het gezag van de (straf)wet niet ten goede komt, terwijl het onderliggende probleem(veld) er evenmin door wordt opgelost.

Doch van tijd tot tijd weegt de behoefte om niettemin tot een strafbaarstelling te komen duidelijk zwaarder. Zo is de strafbepaling van de belaging, ondanks andersluidende prognoses, voor een tamelijk ruime toepassing vatbaar gebleken, hoewel ook zonder het bestaan van deze bepaling veroordelingen op grond van daarin geïmpliceerde misdrijven zouden kunnen plaats vinden.

Maar de expressieve betekenis van de strafbaarstelling, die recht doet aan het specifieke karakter van de belagingssituatie (inclusief de verstrekkende intenties van de dader) zoals dit door het slachtoffer pleegt te worden beleefd, vormt daarvoor voldoende rechtvaardigingsgrond. Men dient zich evenwel de gevolgen van op zichzelf goed bedoelde, uit expressieve verlangens voortvloeiende strafbaarstellingen terdege te realiseren.

Ik wijs er in dit verband op dat reeds door Beccaria het vaststellen van wat deugd en wat ondeugd is een willekeurige aangelegenheid werd genoemd en dat door hem de waarschuwendende, bijna theatrale, vraag werd gesteld: ‘Waar zouden we belanden,

indien alles wat eventueel aanleiding zou kunnen geven tot overtreding, taboe werd?<sup>44</sup>

De veiligheidssamenleving heeft intussen sterk geprikkeld tot nieuwe wetgeving. De wet op de terroristische misdrijven is daarvan een pregnant voorbeeld. Maar ook andere nieuwe strafbepalingen en aanscherpingen van bestaande bepalingen alsmede verhogingen van strafmaxima zijn daaronder te scharen. Met name bestaat de neiging om het verhogen van de wettelijke strafmaat al snel als een bewijs van daadkracht en van effectiviteit ten dienste van de veiligheid op te vatten, terwijl de werkelijke effecten van zwaardere straffen zich bepaald niet zo gemakkelijk en eenduidig laten beoordelen. Doch de expressieve waarde die ervan afstraalt, nl. dat de veiligheid erbij gebaat is, maakt dat men zich door deze symboliek laat gerust stellen.

De maatschappelijke wens om zoveel mogelijk een schuldige aan te wijzen heeft wat de culpose misdrijven betreft tot een optische uitdijing van de aansprakelijkheid geleid, die echter nogal ver lijkt af te staan van de dogmatische inhoud van de culpa. Een dergelijke trend zou in een strafrecht met een zwaarder accent op de individuele rechtsbescherming moeilijk denkbaar zijn geweest, hoewel in het verleden de culpa in incidentele gevallen wel degelijk zeer normatief is geïnterpreteerd (bijvoorbeeld in het Verpleegstersarrest van 1963). Bij de schuldig verklaarde wordt onvermijdelijk het gevoel gewekt tot zondebok, dus tot symbool van het kwaad, te zijn geworden.

Een symbolische bestraffing daarentegen hoort veeleer thuis in het rechtsbeschermende aspect van het strafrecht: een minimale schuldgraad of een minimaal wederrechtelijkheidsgehalte moet in het kader van de proportionaliteit tot een minimale straf leiden. Dankzij het feit dat ons strafrecht met zijn algemene uiterst lage strafminima de mogelijkheid biedt tot een min of meer symbolische straf kan toch afkeuring doorklinken. Doch een nadeel kan zijn dat daardoor wel eens een te grote zuinigheid ten aanzien van het aannemen van een strafuitsluitingsgrond in de hand wordt gewerkt, bijvoorbeeld in een potentieel geval van psychische overmacht. Door Van Veen is terecht benadrukt dat strafuitsluitingsgronden uit hun aard niet de functie kunnen hebben de schuld of de wederrechtelijkheid ten volle op te heffen.<sup>45</sup> In deze opvatting zal het aannemen van een strafuitsluitingsgrond vaak impliceren dat hoewel enige schuld of wederrechtelijkheid resteert toch straffeloosheid het gevolg is.

Hoe dan ook meen ik dat we tevreden moeten zijn met deze mogelijkheid van de symbolische straf, want ook de schuldigverklaring zonder oplegging van straf kent

---

<sup>44</sup> Cesare Beccaria, *Over misdaden en straffen*, verzorgd door J.M. Michiels, Antwerpen [etc.]: Kluwer [etc.] 1982 (tweede uitgave), p. 207.

<sup>45</sup> Th.W. van Veen, Het stelsel der excepties, in: J.P. Balkema et al. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.

duidelijk zijn toepassingsgrenzen. Op deze wijze kan het principe van humaan straffen gestand gedaan worden.

Daarentegen is de omgekeerde situatie van symbolische verzwarende en het op grotere schaal laten cumuleren van strafrechtelijke sancties m.i. wel zorgwekkend. Dit proces neigt tot een spiraalbeweging naar boven. Het op een internationale vergelijking gebaseerde argument hiervoor is echter, gezien de expansieve ontwikkelingen van onze straftoemeting gedurende de laatste decennia, al lang niet meer in alle opzichten valabel. Maar het vergeldingsbewustzijn lijkt mede in de media steviger te zijn ontwikkeld als remedie tegen bittere gevoelens vanuit het slachtofferperspectief en als symbolische bezwering van (ook toekomstig) kwaad.

Ten slotte kan ook met betrekking tot de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties, met name de gevangenisstraf en de tbs, worden gesignaleerd dat bij voortduring tal van symbolische ingrepen en veranderingen worden voorgesteld, nogal eens van parlementaire zijde, naar aanleiding van (soms zeer ernstige) incidenten waarvan de suggestie uitgaat dat daardoor voortaan vergelijkbare incidenten achterwege zullen blijven.

Symbolisch optreden in het strafrecht kan er toe bijdragen de samenleving blij te willen maken met een dooie mus, hetgeen nooit de bedoeling kan zijn.



